

**Şeyda AKTEKİN**

MESS Müşavir Avukatı

# İş Sözleşmeleri ya da Toplu İş Sözleşmelerinin Belirli Bir Yaşa Gelindiğinde ve Emekliliğe Hak Kazanıldığında Otomatik Olarak Sona Ereceğine İlişkin Uygulamanın 2000/78/EC Sayılı Yönerge Açısından Değerlendirilmesi

## Avrupa Topluluğu Adalet Divanı<sup>1</sup>

**Karar Tarihi:** 12 Ekim 2010

**Karar No:** C 45/09

**Gönderen Mahkeme:** Hamburg İş Mahkemesi

**Taraflar:** Gisela Rosenblatt (davacı), Oellerking Gebäudereinigungsges mbH (davalı).

### Dava ile ilgili asıl uyuşmazlık ve Ulusal Mahkemece ATAD'a sorulan konular:

1. Davacı Gisela Rosenblatt 39 yıl boyunca Hamburg-Blankenese'de bulunan bir kışlada temizlik görevlisi olarak çalışmıştır.

2. 1 Kasım 1994 tarihinden itibaren davacı, bir temizlik şirketi olan Oellerking'de 307,48 Euro brüt maaşla kısmi süreli iş sözleşmesi

(günde 2 saat, haftada 10 saat) ile çalışmaya başlamıştır.

3. Davacı ile davalı temizlik şirketi arasındaki sözleşmede, temizlik sektöründe çalışan işçiler için bağlanmış olan Çerçeve Toplu İş Sözleşmesi'nin (RTV) 19. maddesinin 8. fıkrası ile de uyumlu olarak, işçinin emekliye ayrılmasını takip eden ayın sonunda ya da en geç işçinin 65 yaşına geldiği ayın sonunda, iş sözleşmesinin sona ereceği düzenlenmektedir.

4. Bu hüküm ile bağlantılı olarak davalı şirket davacıya 14 Mayıs 2008 tarihinde yaptığı bildirimde iş sözleşmesinin 31 Mayıs 2008 tarihinde emeklilik yaşına ulaşması nedeniyle sona erdirileceğini bildirmiştir.

5. 18 Mayıs 2008 tarihinde davacı, davalı şirkete, çalışmaya devam etmek istediğine dair bir dilekçe vermiştir. Davacının itirazına rağmen, iş sözleşmesi 31 Mayıs 2008 tarihinde sona erdirilmiştir. Ancak davalı şir-

ket, davacıya bu konudaki yargılama devam ederken 1 Haziran 2008 tarihinden itibaren yeni bir iş sözleşmesi yapma teklifinde bulunmuştur.

6. 28 Mayıs 2008 tarihinde davacı, işverenine karşı Hamburg İş Mahkemesi'nde dava açarak yaş bakımından ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla iş sözleşmesinin geçersiz sebeple feshedildiğini ileri sürmüştür. Davacı, 3. kısımda bahsi geçen Çerçeve Toplu İş Sözleşmesi'nin (RTV) 19. maddesinin 8. fıkrasının iş ve meslekte eşit muamelenin genel çerçevesini çizen 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nin 4. maddesiyle 6. ve devamı maddeleriyle uyumlu olmadığını iddia etmektedir.

7. 1 Haziran 2008 tarihinden bu yana davacı, aylık 228,26 Euro net emekli aylığı almaktadır.

8. Davanın görüldüğü Hamburg İş Mahkemesi, Çerçeve Toplu İş Sözleşmesi'nin 19/8. maddesinde yer alan emeklilik ve yaş nedeniyle iş sözleşmesinin otomatik feshine ilişkin hükmün 2000/78 sayılı Yönerge'de yer alan iş ve meslekte eşit muamele prensibiyle uyumlu olup olmadığı hususunda tereddüt yaşamaktadır.

9. Bu şartlar çerçevesinde, Hamburg İş Mahkemesi aşağıdaki hususları bekletici mesele yaparak ATAD'a sormaya karar vermiştir:

- Alman Genel Eşit Davranma Yasası'nın (AGG) yürürlüğe girmesinden sonra, bir toplu iş sözleşmesinin yaş bakımından ayrımcılık yapan hükümleri, AGG'de açıkça izin verilmemesine karşın, 2000/78 sayılı Yönerge'nin 1. ve 2/1. maddelerinde yer alan yaş bakımından ayrımcılık yasağı ile uyumlu sayılır mı?

- Mevcut yerleşmiş uygulama gereği, üye devletlere ve toplu iş sözleşmeleri ile bireysel iş sözleşmelerinin taraflarına, ekonomik, sosyal, demografik ve istihdam piyasasındaki durum gözetilmeden tüm işçilere on yıllar içinde bu tip hükümlerin istikrarlı olarak uygulanmış olması gerekçesiyle; işçinin belirli

bir yaşa ulaşması halinde (bu davada 65 yaşına) sözleşmesini otomatik olarak feshetme yetkisi veren ulusal düzenlemeler, 2000/78 sayılı Yönerge'nin 1. ve 2/1. maddelerinde yer alan yaş bazında ayrımcılık yasağını ihlal eder mi?

- Üye devletteki mevcut yerleşmiş uygulama gereği işverene ekonomik, sosyal, demografik ve istihdam piyasasındaki durum gözetilmeden tüm işçilere on yıllar içinde bu tip hükümlerin istikrarlı olarak uygulanmış olması gerekçesiyle; işçinin belirli bir yaşa ulaşması halinde (bu davada 65 yaşına) sözleşmesini otomatik olarak feshetme yetkisi veren bir toplu iş sözleşmesi, 2000/78 sayılı Yönerge'nin 1. ve 2/1. maddelerinde yer alan yaş bazında ayrımcılık yasağını ihlal eder mi?

- Ekonomik, sosyal, demografik ve istihdam piyasasındaki durum gözetilmeden işverene işçinin belirli bir yaşa ulaşması halinde (65) iş sözleşmesini sonlandırma yetkisi veren bir toplu iş sözleşmesini, genele uygulanacak şekilde kabul eden bir üye devlet 2000/78 sayılı Yönerge'nin 1. ve 2/1. maddelerinde yer alan yaş bazında ayrımcılık yasağını ihlal eder mi?

### Karar:

Sorulan bu sorular üzerine ATAD konuyu aşağıdaki gibi çözmüştür:

1. İş ve meslekte eşit muamelenin genel çerçevesini çizen 27 Kasım 2000 tarih ve 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nin 6/1. maddesi; Alman Genel Eşit Davranma Yasası'nın 10/5. maddesindeki gibi, emeklilik yaşına ulaşan işçinin iş sözleşmesinin otomatik olarak feshedilebileceğine ilişkin ulusal düzenlemelerin getirilmesine engel teşkil etmez. Ancak bu yorum yapılırken, ilgili hükmün öncelikle istihdam politikası ve iş piyasaları ile ilgili tarafsız ve makul kanuni bir amaca yönelik olmalı ve ikincil olarak da bu kanuni amaca ulaşmak için kullanılan araçlar gerekli ve uygun olmalıdır. Toplu sözleşme aracılığı ile bu yetkinin uy-

gulanması, mahkemeler tarafından herhangi bir incelemenin dışında tutulmaz, fakat bu, Yönerge'nin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki yükümlülükler uygun olmak suretiyle, hukuki bir amacı ölçülü ve gerekli bir şekilde takip etmesi gerekir.

2. 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nin 6/1. maddesi, temizlik sektöründe çalışan işçiler için bağitlanmış olan Çerçeve Toplu İş Sözleşmesi'nin (RTV) 19. maddesinin 8. fıkrası ile getirilen ve 65 yaşına gelmiş işçile-

rin iş sözleşmelerinin otomatik olarak feshedilebileceğine ilişkin hükmün getirilmesine engel teşkil etmez.

3. 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'nin 1. ve 2. maddeleri, bir üye devletin iş sözleşmesini otomatik olarak feshetmeyi mümkün kılan hüküm içeren toplu iş sözleşmesini, emeklilik yaşına gelmiş işçileri yaş ayrımcılığına karşı korumadan mahrum bırakmadığı sürece, genele uygulanacak şekilde kabul etmesine engel teşkil etmez.

## Kararın İncelenmesi

### 1. Yaş Ayrımcılığı

Ayrımcılık, bazı kişilere diğerlerinden daha farklı davranılması anlamına gelmektedir. Ancak kanunla bazı durumlarda, ayrımcılıkla ilgili istisnalar getirilebilir. Sanayileşmiş ülkelerin demografik yapısındaki değişiklikler nedeniyle toplumların yaşlanması söz konusudur. Özellikle, Avrupa ülkelerinde yaşlı nüfus, genç nüfusa oranla daha fazladır. Bu durum, işgücü piyasasında yaşın önemini daha iyi anlamayı gerektirmektedir. Yaşla ilgili önyargıların ve kanıların olumsuz etkileri ise kendisini en çok istihdam alanında göstermektedir<sup>2</sup>.

Bu açıdan bakıldığında zorunlu emeklilik, istihdamda yaş ayrımcılığını etkileyen ve sık rastlanan bir örnek olarak görülmektedir. Bir görüşe göre, "Çalışmaya devam etme ihtiyacı ve isteği olanlar için özgür seçimin reddedilmesinden itibaren emeklilik için belirli bir yaşın dayatılması yaş ayrımcılığını oluşturur"<sup>3</sup>. Bir başka görüş ise, işverenlere zorunlu emeklilik yaşı oluşturmanın yasaklanmasının yaşlı işçilerin işe alınmasında azalma yaratması olasılığı bulunmakla birlikte önemli bir caydırıcı faktör olacağına dair bir kanıt bulunmadığı fikrini savunmaktadır<sup>4</sup>.

Yaş ayrımcılığı konusundaki en önemli gelişme, 2000 yılında kabul edilen İş ve Meslekte Eşit Muamele İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi olarak görülmektedir. AB belgelerinde daha önce yer

almayan ayrımcılık konusunda yaşı da kapsayan Yönerge, üye ülkelerde yaş temeline dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin yapılmasını öngörmektedir.

### 2. İş ve Meslekte Eşit Muamele İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi

27 Kasım 2000 tarihli 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi'yle; istihdam ve çalışma hayatında eşit muamelenin sağlanması ve din veya inanç, özürüllük, yaş veya cinsel eğilimlere dayalı ayrımcılıkla mücadele edilmesi amaçlarıyla genel bir çerçeve oluşturulmuştur.

Yönerge'nin giriş bölümünde, özgürlük, demokrasi ilkeleri ve insan haklarına vurgu yapılarak, kadın ve erkek eşitliği prensibi, ayrımcılıktan koruma, temel sosyal haklara ilişkin topluluk şartında yaşlılara ve özürüllere verilen

**İş ve Meslekte Eşit Muamele İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin 2000/78/EC sayılı AB Yönergesi, üye ülkelerde yaş temeline dayalı doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemelerin yapılmasını öngörmektedir.**

önem, üye ülke istihdam politikalarıyla işbirliğinin desteklenmesi, emek piyasasında zarar gören dezavantajlı gruplar, özürsüzlük ve yaşlıların sosyal katılımının desteklenmesi, çalışma ve işin her vatandaşın iktisadi, kültürel ve sosyal yaşama katılımının sağlanması gibi konuların önemi vurgulanmıştır<sup>5</sup>.

Yönerge'nin "Amaç" başlıklı 1. maddesi, Yönerge'nin amacının, Üye Devletlerde eşit davranma ilkesini yürürlüğe koyarak istihdam ve meslekte din veya inanç, özürsüzlük, yaş veya cinsiyete dayalı ayrımcılıkla mücadele için genel bir çerçeve belirlemek olduğunu ifade etmektedir.

Söz konusu Yönerge'nin "Ayrımcılık kavramı" başlıklı 2. maddesi ise konuyla ilgili bazı tanımlara yer vermektedir. Buna göre, eşit davranma ilkesi, yukarıda bahsedilen sebeplere dayalı olarak doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılmamasını ifade etmektedir. Aynı

"Üye Devletler, Madde 2(2)'ye rağmen, yaşa dayanan farklı muamelelerin, ulusal kanunlar bağlamında yasal istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim dahil kanundan doğan tarafsız ve makul bir amacı haklı göstermek için getirilmiş olması ve bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçların da gerekli ve uygun olması durumunda ayrımcılık teşkil etmeyeceğini sağlayabilir.

Bunun gibi muamele farklılıkları şunları kapsar:

a. Gençler, yaşlılar ve yaşlıların bakımlarından sorumlu kişiler için işe giriş ve mesleki eğitim, ücret koşulları ve fesih dahil istihdamda ve meslekte özel koşullar düzenleme, mesleğe entegrasyonlarını teşvik etmede veya korunmalarını sağlamada;

b. İşe girişte veya işe bağlı menfaatlerde asgari yaş şartı, profesyonel deneyim veya kıdem şartı belirlemede;

## 2000/78/EC sayılı Yönerge'de açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte zorunlu emekliliğin yaş ayrımcılığı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği kararı üye devletlere bırakılmış gibi gözükmektedir.

madde (a) bendinde; din veya inanç, özürsüzlük, yaş veya cinsel eğilimlere dayalı olarak bir kişiye diğerine nazaran farklı muamele edilmesini "doğrudan ayrımcılık" olarak tanımlamıştır.

Yönerge'nin yine 2. maddesinin (b) bendi ise "dolaylı ayrımcılık" kavramını düzenlemektedir. Bu hükme göre; dolaylı ayrımcılık, tarafsız bir hüküm, ölçüt ya da uygulamanın belirli bir din veya inanç, özürsüzlük, yaş veya kişinin cinsel eğilimlerine dayalı olarak bir insanı diğerlerine nazaran dezavantajlı bir duruma sokmasıdır.

Ancak bu hüküm, ölçüt ya da uygulama, kanuni amaçla gerekçelendirilmişse ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar uygun ve gerekli ise ayrımcılıktan bahsedilemeyecektir.

Yönerge'nin ATAD kararına temel olan "Yaşa dayalı farklı muamele için makul sebepler" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrası ise;

c. Memur kadrosunda istihdam edilmek için gerekli azami bir yaş tespit edilmesi veya emeklilikten önce makul bir süre çalışmış olma gerekliliğinde."

hükmünü içermektedir. Madde, yasal istihdam politikası, işgücü piyasası ve mesleki eğitim dahil kanundan doğan tarafsız ve makul bir amacı haklı göstermek için getirilmiş olması ve bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçların da gerekli ve uygun olması durumunda yaşa dayalı farklı muamele yapılmasının ayrımcılık teşkil etmeyeceğine dair bir istisna getirmektedir. Maddenin devamında, muamele farklılıklarının "Gençler, yaşlılar ve yaşlıların bakımlarından sorumlu kişiler için işe giriş ve mesleki eğitim, ücret koşulları ve fesih dahil istihdamda ve meslekte özel koşullar düzenleme" şeklinde ortaya çıkabileceği düzenlenmektedir.

Görüldüğü gibi Yönerge, mesleki bir durum söz konusu olduğunda veya objektif olarak gerekli olduğunda yaş ayrımcılığının haklı görülebilmesine imkân tanıyabilmektedir. Bir başka deyişle Yönerge, kanundan doğan tarafsız bir amaçtan; çalışma hayatı politikası, iş piyasası ve mesleki eğitim sahasından kaynaklanan hukuka uygun hedefleri anlamaktadır<sup>6</sup>. Bunun yanı sıra Yönerge'nin kabul edilme gerekçeleri arasında gerekli olduğunda yaşla ilgili farklı muamelenin haklı görülebileceği, ancak bu durumların neler olduğuna dair üye devletlerin Komisyona bilgi vermeleri gerektiği ifade edilmiştir.

Bunun yanı sıra, Yönerge'de açıkça ifade edilmemiş olmakla birlikte zorunlu emekliliğin yaş ayrımcılığı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği kararı üye devletlere bırakılmış gibi gözükmektedir<sup>7</sup>.

### 3. Karara Konu Olan Alman Mevzuatı

Almanya; Avrupa Birliği'nin ayrımcılıkla ilgili Yönergelerine uygun düzenlemeleri ulusal hukukta yeterli ölçüde yapmadığı için Avrupa Birliği Sözleşmesi'ne aykırı davranmıştır.<sup>8</sup> Bu Yönergelere uygun yasal düzenlemeleri yapmadığı takdirde Avrupa Birliği Sözleşmesi hükümleri uyarınca para cezası yaptırımından kaçınmak için de, 14 Ağustos 2006 tarihli Genel Eşit Davranma Yasası (AGG) çıkarılmıştır. Böylece, Almanya AB'nin eşit davranma ilkesinin uygulamaya konulmasına ilişkin dört Yönergesi'ni iç hukuka aktarmıştır<sup>9</sup>. Söz konusu Yasa'nın "Kanununun Amacı" başlıklı 1. maddesi;

"Bu kanunun amacı ırk, etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, özürlülük, yaş veya cinsel kimlik temellerinde ayrımcılığı önlemek veya ortadan kaldırmaktır."

hükmünü içermektedir. Söz konusu kanun anlamında yaş kavramı ile hem ilerlemiş bir yaşta, hem de genç yaşta olmak nedeniyle karşılaşılabilecek ayrımcı davranışları engellemek amacı güdülmüştür. Bu yasaya göre, faaliyet alanı ne olursa olsun, işe alma koşullarında ve seçilme kriterlerinde, mesleki yükselmede, bağımlı ve bağımsız olarak çalışmaya başlamada yaşa bağlı olarak bir ayrımcılık yapılamayacaktır<sup>10</sup>.

Kanun'un "Kapsam" başlıklı 2. maddesinin 1. bendinin 2. fıkrası ise;

"Bu yasaya göre 1. maddede yer alan sebepler dolayısıyla ayrımcılık yapılması;

Özellikle iş ilişkisinin devamında ve sona ermesinde alınan önlemler ile kariyer atlamalarında, ücret ve fesih şartlarını da kapsamak üzere toplu iş sözleşmeleri ve bireysel iş sözleşmelerinde yer alan istihdam koşulları hususlarında yasaklanmıştır."

hükmünü,

ATAD kararında önemli bir rol oynayan "Yaşa dayalı farklı muameleye izin verilebilecek haller" başlıklı 10. maddesi ise;

"1. Bu Kanunun 8. madde hükmüne rağmen yaş bakımından farklı muamele, tarafsız ve makul ve kanuni bir amaca yönelik olması halinde mümkündür. Bu kanuni amaca ulaşmak için kullanılan araçların gerekli ve uygun olması gerekir. Bu tip farklı muameleler;

....

5. İşçinin yaşlılık aylığı almaya hak kazanması tarihinde iş sözleşmesinin başkaca bir bildirime gerek olmaksızın sonlandırabileceğine ilişkin bir sözleşme, Alman Sosyal Güvenlik Yasası'nın (SGB VI) 41. maddesine aykırılık teşkil etmez..."

hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere, Genel Eşit Davranma Yasası'nın 10. maddesinde, 2000/78 sayılı Yönerge'nin yaşla ilgili ayrımcılık istisnalarına paralel hükümler getirilmiştir. Buna göre yaş nedeniyle farklı davranma, "tarafsız ve makul ve kanuni bir amaca yönelik olma" halinde geçerli kabul edilmektedir.

Alman Sosyal Güvenlik Yasası'nın 41. maddesinin eski halinde ise, işçinin yaşlılık aylığına hak kazanmasının iş sözleşmesinin işverence feshi için geçerli sebep sayılmayacağına dair hüküm yer almaktaydı. Söz konusu madde, emeklilik nedeniyle iş sözleşmesinin feshini ya işletme gerekleriyle feshte sosyal seçim kriteri olarak yapılması ya da işçinin emeklilik yaşına gelmesi halinde sözleşmenin sona erdirilebileceğine dair anlaşmanın sözleşmenin sona erdirileceği tarihten önceki son üç yıl içinde yapılmış olması halinde uygun görmekteydi.

Ancak bu hüküm, Genel Eşit Davranma Yasası'ndan sonra değiştirilmiş ve 1 Ocak 2008 tarihinden bu yana;

"Sigortalı kişinin emeklilik ödeneğine yaş



## 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki ayrımcılık yasakları, maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere; ILO ve AB normlarına uyum sağlamak amacı doğrultusunda getirilmiştir.

sebebiyle hak kazanmış olması, Feshe Karşı Koruma Kanunu altında iş ilişkisinin işveren tarafından sonlandırılması sonucunu doğuracak bir sebep olarak değerlendirilemeyebilir. İşçinin, standart emeklilik yaşına ulaşmadan önce yaşlılık ödeneği talep edebileceği durumlarda iş ilişkisinin ihbar öneli olmadan sonlandırılabilmesini sağlayan bir anlaşma, işçiyle ilgili olarak, bu tarihten önceki 3 yıl içerisinde yapılmadığı veya bu tarihten önceki 3 yıl içerisinde onaylanmadığı sürece standart emeklilik yaşına ulaşma şartıyla imzalanmış var sayılmalıdır.”

şeklinde hüküm getirilmiştir. Bu hükümle, işçinin emeklilik yaşına gelmesi halinde sözleşmenin sona erdirilebileceğine ilişkin anlaşma; ya işçinin standart emeklilik yaşına ulaşması, ya da standart emeklilik yaşına ulaşmadan önce yaşlılık ödeneği talep edebileceği durumlarda ise söz konusu anlaşmanın bu tarihten önceki 3 yıl içerisinde yapılması veya bu tarihten önceki 3 yıl içerisinde onaylanması şartına bağlanarak geçerli sayılmıştır.

ATAD kararına konu olayda, özellikle Alman Genel Eşit Davranma Yasası'nın 10. maddesi ve 2000/78 sayılı Yönerge karşılaştırıldığında, 10. maddenin Yönerge'nin 6/1. maddesinde getirilen istisnaya uygun olarak düzenlendiği görülmektedir. Ancak, fesih konusunda Genel Eşit Davranma Yasası değil, genel kanun olan Alman Feshe Karşı Koruma Yasası hükümleri uygulanacaktır. Bu düzenleme, 2000/78 sayılı Yönerge hükümleri ile tam anlamıyla paralellik sağlamamaktadır, zira Yönerge, işten çıkarılmayı da kapsayacak şekilde iş yaşamının tüm alanlarını kapsamaktadır. İş ilişkisinin sona ermesindeki sosyal seçim ve sosyal plan kurallarının Genel Eşit Davranma Yasası'nın 1. maddesindeki ırk ya da etnik köken, cinsiyet, din ya da dünya görüşü, engellilik, yaş, cinsel kim-

lik unsurları konusunda ayrımcılık yapılmaması kuralının gözetilerek yapılması gerekmektedir.

Alman hukukunda, ATAD kararına konu olan olayda olduğu gibi, belirli yaşa (65) ulaşmakla birlikte iş ilişkisinin sona ereceğine dair yapılan düzenlemelerin geçerliliği, Genel Eşit Davranma Yasası'nın yaş bakımından istisnaları düzenleyen ve AB Yönergesi ile de uyumlu olan 10. maddesinde yer alan düzenlemeye uygun olması halinde geçerli olacaktır. Nitekim ATAD kararı da bu yöndedir.

### 4. Türk Hukukunda Durum

#### 4.1. Eşit davranma ilkesi bakımından

Mevzuatımızda, yaş ayrımcılığına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesine göre, “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;..... kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hallerden birine bağlayan.....

Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir.”

Türk Ceza Kanunu'nun bu hükmü karşısında işveren işe almada dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, din gibi nedenlerle ayrımcılık yapamayacaktır. Ancak söz konusu hükümde sadece dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler nedenine dayalı olarak işe alınmama durumu suç olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle ceza hukuku açısından uygulanacak yaptırım sadece işe alma ya da almama ile sınırlıdır. İş ilişkisinin devamında ve sona erdirilmesinde, yukarıda sayılan sebepler çerçevesinde ayırım yapılması halinde ceza hukuku açısından bir yaptırım bulunmamaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun “Eşit davranma ilkesi” başlıklı 5. maddesi ise, iş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamayacağını, işverenin esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı iş-

lem yapamayacağını, işverenin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kıldıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamayacağını düzenlemektedir.

Söz konusu düzenlemelerde doğrudan “yaş” konusuna değinilmemektedir. Ancak her iki maddede yer alan “ve benzeri nedenler” ibaresi sebebiyle, iş ilişkisinde yaş nedeniyle ayırmacılığın yasaklanmış olduğu söylenebilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesindeki ayırmacılık yasakları, maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere; ILO ve AB normlarına uyum sağlamak amacı doğrultusunda getirilmiştir. Maddenin yazımında “benzeri sebepler” ifadesinin yer alması maddenin ayırmacılık nedenlerini sınırlı sayıda düzenlemediğini göster-

ve sosyal güvenlik mevzuatına göre emeklilik için öngörülen yaş sınırına gelmiş ve yaşlılık aylığına hak kazanmış olmak, çalışmaya devam etmeye engel bir hal olarak görülmüştür. Aksi-ne, yaşlılık aylığı almaya hak kazanan işçinin, ister aylığı kesilerek, isterse de Sosyal Güvenlik Destek Primi ödeyerek çalışmaya devam edebileceği düzenlenmiştir.

Yargıtay kararları ve öğretisi, emeklilik yaşına ulaşmanın, özellikle de 65 yaşına ulaşmanın iş sözleşmesinin usulüne uygun ifasının artık mümkün olmadığı veya işçinin veriminde bir azalma meydana geldiği hususuna karine teşkil etmeyeceği görüşündedir<sup>11</sup>. İşçinin işe uygunluk ve kabiliyetinde bir aksamadan söz edilebilmesi için yaşa bağlı normal verim düşüklüğünün işveren açısından katlanılamayacak derecede aksaklık ve bozukluklara neden olması gerekmektedir. Nitekim yaşlılığın etkisi kişiden kişiye

**Sadece belirli bir yaşa gelmeyi veya yaşlılık aylığına hak kazanmayı geçerli sebep olarak kabul etmeyen, ancak emekliliğe hak kazanmayla birlikte yaşı, iş hukukta yer alan “uygulama” kapsamında geçerli bir sebep olarak kabul eden Yargıtay uygulamasının 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve 166 sayılı Tavsiye Kararı'na uygun düştüğü kabul edilmektedir.**

mektedir. Dolayısıyla işveren maddede sayılmış bulunan ayırım yasaklarının yanında haklı bir nedene dayanmayan, ayırım oluşturan başka bir nedene dayalı olarak herhangi bir işlem yaptığında da ayırmacılık yasağına aykırı davranmış olacaktır.

#### **4.2. Fesih sebebi bakımından**

Mevzuatımızda iş sözleşmesi ile çalışan bir işçinin emekliliğe sevkine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle kural olarak, sadece işçinin yaşlanması ve yaşlılık aylığına hak kazanmış olması geçerli bir fesih sebebi olarak kabul edilmemektedir.

Gerçekten de ne İş Kanunu'nda, ne diğer iş kanunlarında, ne de Borçlar Kanunu'nun iş sözleşmesine ilişkin genel hükümlerinde işçiler için çalışma yaşına bir üst sınır konulmuş

farklılık göstereceğinden, yaşlılık, ancak işçinin verimini ciddi biçimde olumsuz etkilemesi ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine engel oluşturması halinde yetersizlik nedeniyle iş sözleşmesinin feshinde geçerli sebep olarak kabul edilebilecektir<sup>12</sup>.

İsviçre hukukunda da, işçinin çalışma kabiliyeti ve veriminde bir azalmanın söz konusu olduğu durumlarda iş sözleşmesinin feshi, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmemektedir. Buna karşılık, İsviçre mevzuatına göre, işveren işçinin yaşa bağlı olarak verimindeki olağan azalmalara katlanmak zorunda bırakılmıştır<sup>13</sup>.

Kişinin emeklilik yaşına gelmesi ve emekliliği hak etmesi, aslında belirli bir yaş olgusu nedeniyle fiziki yetersizliğinden kaynaklanmaktadır. Ancak kişinin ileri bir yaşa gelmiş olması, iş görmesinde mutlaka yetersiz hale geldiğini

göstermez. Bu açıdan yaşlılık, yukarıda da vurgulandığı gibi fesih için geçerli bir sebep olarak kabul edilmese de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesinin gerekçesinde işletme, işyeri ve işin gerekleri ile birlikte emekliliğin geçerli neden olarak dikkate alınacağı açıklanmıştır<sup>14</sup>. Hem Gerekçe'deki bu düzenleme, hem de uygulamada emeklilik, bir geçerli fesih nedeni olarak değil, işyeri gerekleri nedeniyle işten çıkarmalarda; işten çıkarılacakların belirlenmesinde sosyal seçim kriteri olarak karşımıza çıkmıştır. İşyerinde işçi çıkarmayı zorunlu kılan işletme gerekleri söz konusu ise, bu nedene dayanılarak yapılan fesihlerde, öncelikle yaşlılık aylığına hak kazanmış işçilerin seçilmesi mümkün görülmektedir<sup>15</sup>.

## 5. Sonuç ve Değerlendirme

Geçerli sebeplerin İş Kanunu'nda düzenleme şekline bakıldığında, söz konusu sebeplerin soyut kavramlar şeklinde gösterilmiş olduğu, ancak olaylara uygulanması halinde somut hale geldiği görülmektedir. Çalışma hayatının değişken yapısı göz önüne alınarak yapılan bu düzenlemenin temeli, 158 sayılı ILO Sözleşmesi'dir. Söz konusu Sözleşme'de geçerli sebep sayılabilecek haller soyut olarak gösterilirken, kazuistik şekilde olmamakla birlikte, iş sözleşmesinin feshinde geçersiz sebep olarak sayılan haller daha somut şekilde belirtilmiştir. Bunlara daha sonra İş İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 166 sayılı ILO Tavsiye Kararı'nın 5. maddesiyle bazı eklemeler yapılmıştır. Buna göre, yaşın, emekliliğe ilişkin kanuni düzenleme ve iç hukuktaki uygulama saklı kalmak üzere geçerli sebep sayılamayacağı belirtilmiştir.

Belli bir yaşa (örneğin TİS ile öngörülen bir yaşa yahut emeklilik için kanunen aranan yaş ve diğer koşullara) gelmiş olmanın işverenin sözleşmeyi feshi bakımından tek başına geçerli bir sebep oluşturmayacağı da Yargıtay ve öğretti tarafından kabul edilmektedir. İşverenin önceden belirlemek ve işçilere tebliğ etmek suretiyle personel yönetmeliğinde veya sözleşmede emekliliğe hak kazanan veya belirli bir yaşa gelen işçilerin iş sözleşmesinin feshine ilişkin olarak Yargıtay; bu düzenlemeleri, uygulamanın

genel ve objektif olarak yapılması halinde fesih için geçerli neden olarak kabul etmektedir<sup>16</sup>.

Yargıtay bir kararında<sup>17</sup> özelleştirme nedeniyle memur ve sözleşmeli personelin 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 22. maddesi gereğince istihdam fazlası olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakillerinin yapıldığı bir işyerinde iş sözleşmesi ile çalışan personelden emekliliği gelenlerin iş sözleşmelerinin feshedilmesinin işletmenin ve işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanması nedeniyle feshin geçerli olduğuna karar vermiştir. Bir başka kararında ise, işyerinde personel fazlalığı bulunması halinde sosyal seçim kriteri olarak hizmeti 30 yılı bulan ve emekliliğe hak kazanmış olanların işten çıkarılacak işçilerin seçiminde göz önünde bulundurulmasını mümkün görmekte, ancak Personel Yönetmeliği'nde emekliliği hak etmiş ve belli bir yaş sınırına gelmiş personelin işten çıkarılacağına ilişkin hükmün objektif ve genel olarak uygulanmasını, söz konusu hükmün işçinin işe girdiği tarihte mevcut olması veya daha sonra değişiklik yapılmak suretiyle getirilmesi halinde işçi tarafından kabul edilmesi şartına bağlı olarak geçerli neden olduğunu kabul etmektedir<sup>18</sup>.

Bu açıdan sadece belirli bir yaşa gelmeyi veya yaşlılık aylığına hak kazanmayı geçerli sebep olarak kabul etmeyen, ancak emekliliğe hak kazanmayla birlikte yaşı, iç hukukta yer alan "uygulama" kapsamında (emekliliği hak etmiş ve belli bir yaş sınırına gelmiş personelin işten çıkarılacağına ilişkin hükmün objektif ve genel olarak uygulanması gibi) geçerli bir sebep olarak kabul eden Yargıtay uygulamasının 158 sayılı ILO Sözleşmesi ve 166 sayılı Tavsiye Kararı'na da uygun düştüğü kabul edilmektedir<sup>19</sup>. Kanımızca bu uygulama, 2000/78/EC sayılı Yönerge'nin 6/1. maddesi kapsamında, yaş bakımından ayrımcılık teşkil etmeyen, Yönerge ile uyumlu ve isabetli bir uygulama olarak nitelendirilmektedir.

## DİNOTLAR

- 1 Söz konusu karar özet olarak tercüme edilmiştir. Kararın İngilizce tam metni için Bkz.: <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en&newform=newform&Submit=Submit&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurtfp=jurtfp&a>



- lldocrec=allldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop  
&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnor  
ec=alldocnorec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&radtyp  
eord=on&typeord=ALL&docnodecision=docnodecision&allc  
ommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=  
C45%2F09&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatef  
e=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100.
- 2 Doç. Dr. Dilek Baybora, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecin-  
de Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var  
Mı?, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,  
21/2009, s.42,43.
  - 3 Baybora, adm., s. 44, dn. 30.
  - 4 Baybora, adm., s. 44, dn. 31.
  - 5 Pir Ali Kaya, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında  
Eşitlik İlkesi, Nobel Yayın Dağıtım, Şubat 2007, s.70-71.
  - 6 Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1,  
Legal, Ocak 2008, s.504.
  - 7 Baybora, adm., s. 50.
  - 8 Yrd. Doç. Dr. Hediye Ergin, Almanya'da Genel Eşit Davran-  
ma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal İHSGH  
dergisi, 14/2007, s.636, dn. 1,2.
  - 9 2000/43/EC, 2000/78/EC, 2002/73/EC ve 2004/113/EC sayılı  
Yönergeler.
  - 10 Ergin, adm., s. 643.
  - 11 Kılıçoğlu/Şenocak, adge., s.504, Sarper Süzek, İş Hukuku,  
3. Baskı, İstanbul 2006, s. 454.
  - 12 Doç. Dr. Hakan Keser, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde  
Geçerli Sebep, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 75, Kılıçoğ-  
lu/Şenocak, adge., s.504.
  - 13 Kılıçoğlu/Şenocak, adge., s.505, dn. 679 ve 680..
  - 14 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK yayını, Yenilenmiş  
3. Baskı, Kasım 2009, s.93.
  - 15 Süzek, adge., s. 455.
  - 16 Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yayınları,  
Ankara 2009, s.349, dn. 170'te yer alan karar.
  - 17 Yargıtay 9HD., 9.3.2005 tarih ve E.236/K.7733 sayılı kararı.
  - 18 Yargıtay 9HD., 8.5.2006 tarih ve E.1080/K.12947 sayılı kara-  
rı.
  - 19 Prof. Dr. Münir Ekonomi, Belirli Hizmet Süresini Doldurma-  
nın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın  
Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Legal YKİ, 2006/2, s. 131, 134.

ma Yasası'nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal İHSGH  
dergisi, 14/2007.

- Doç. Dr. Hakan Keser, İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde  
Geçerli Sebep, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.
- 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, TİSK Yayını, Yenilen-  
miş 3. Baskı, Kasım 2009.
- Bektaş Kar, İş Güvencesi ve Uygulaması, Yetkin Yayınları,  
Ankara 2009.
- Prof. Dr. Münir Ekonomi, Belirli Hizmet Süresini Doldurma-  
nın (Yaş Sınırına Gelmenin) ve Emekliliğe Hak Kazanmanın  
Geçerli Sebep Sayılabilmesi, Legal YKİ, 2006/2.

## KAYNAKÇA

- Doç. Dr. Dilek Baybora, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecin-  
de Türkiye'de Yaş Ayrımcılığı Düzenlemesine İhtiyaç Var  
Mı?, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi,  
21/2009.
- Pir Ali Kaya, Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında  
Eşitlik İlkesi, Nobel Yayın Dağıtım, Şubat 2007.
- Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi, Cilt 1,  
Legal, Ocak 2008.
- Yrd. Doç. Dr. Hediye Ergin, Almanya'da Genel Eşit Davran-